

RAVENNA CAPITALE

UNO SGUARDO AD OCCIDENTE

ROMANI E GOTI - ISIDORO DI SIVIGLIA

La presente pubblicazione è stata curata da
Gisella Bassanelli Sommariva e da Simona Tarozzi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti a
doppio referaggio anonimo.

ISBN: 978-88-387-6583-9

© Copyright 2012 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2000

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8

Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggioli.it/servizioclienti

e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012

dalla Litografia Titanlito S.p.A.

Dogana (Repubblica di San Marino)

Un esempio del metodo pedagogico isidoriano: *Etym.* 5.25.17

Paola Biavaschi
(Università di Milano)

1. Per più di una ragione il titolo *De rebus* del quinto libro delle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia risulta enigmatico per chi voglia trarne delle conclusioni coerenti dal punto di vista della scienza giuridica romanistica. La prima questione di ordine generale e di rilevanza cruciale che ci si può porre concerne proprio la natura dello scritto isidoriano: quale operazione ha voluto compiere l'autore di origine romano-iberica all'interno del nuovo mondo visigotico che lo circondava? Lo scopo di Isidoro è eminentemente quello della consegna al futuro di informazioni relative a un passato ormai definitivamente tramontato, oppure vi sono alla base della sua opera altri intenti? Molti dati testimoniano in tal senso, ma molti altri appaiono incerti ed equivoci, cosicché risulta arduo fornire una risposta definitiva.

Alcuni lemmi, poi, appaiono difficilmente interpretabili per lo storico del diritto, che non sempre riesce a districare i dati di matrice classica da quelli che hanno subito mutazioni in epoca postclassica, e che a volte non è in grado di individuare se tale apparente confusione dipenda da una esplicita volontà isidoriana, intenta a inserire qualche notizia relativa al suo tempo, oppure dai ben noti fraintendimenti delle fonti postclassiche, in particolare occidentali, probabile bacino di provenienza del materiale isidoriano: ciò che risulta sconcertante è spesso l'incongruenza e la commistione tra il tecnicismo di alcuni lemmi o parti di essi e le palesi ingenuità riscontrate in altri. La questione che, quindi, si pone insistentemente è se tali ingenuità discendano da una cattiva tradizione degli istituti classici (e quindi dalla qualità delle fonti consultate da Isidoro), oppure siano indizi della trasformazione di tali istituti in epoca tarda; se esse siano sempre lo specchio dello stato delle fonti postclassiche e visigotiche, oppure rivelino qualche tratto caratterizzante del pensiero isidoriano.

Il problema delle fonti appare quindi così centrale per il giurista, come per qualunque altro studioso della grande enciclopedia isidoriana¹: centrale, ma, bisogna ammetterlo, anche non sempre produttivo nelle sue conclusioni, poiché risulta molto arduo rintracciare la paternità del materiale presentato da Isidoro, così come ricostruire l'ipotetica biblioteca consultabile dal vescovo iberico, la cosiddetta *bibliothèque introuvable*².

¹ KÜBLER B., *Isidorusstudien*, in *Hermes*, 25, 1880, pp. 496 ss.; DIRKSEN H.E., *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts*, in *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen*, vol. I, Leipzig, 1871, pp. 185 ss.; TABERA A., *La definición de furtum en las Etimologías de S. Isidoro*, in *SDHI.*, n. 8, 1942, p. 24 nt. 1; WENGER L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pp. 213 ss.; DÍAZ Y DÍAZ C., *La cultura de la España visigótica del siglo VII*, in *Caratteri del secolo VII in Occidente* (Settimane di Studio, 23-29 aprile 1957), vol. II, Spoleto, 1958, pp. 813 ss.; FONTAINE J., *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique*, Paris, 1959; GARCIA GALLO A., *San Isidoro iurista*, in *Isidoriana. (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento)*, Leon, 1961, pp. 135 ss.; DE CHURRUCA J., *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, in *AHDE*, n. 43, 1973, pp. 429 ss.; *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao, 1975; VELAZQUEZ SORIANO I., *Léxico isidoriano en las Etimologías. Problemas para su estudios*, in *Euphrosyne*, n. 22, 1994, pp. 235 ss.; MENTXACA R., *Algunas consideraciones sobre Isidoro, Et.5.25.22-24*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum*, vol. I, Amsterdam, 1995, pp. 332 ss.; *Algunas consideraciones sobre los crimina, en particular contra el Estado, en las Etimologías de Isidoro (Et. 5.26)*, in *RHD*, n. 65, 1997, pp. 397 ss.; *Delitos contra la moral sexual en la Etimologías de Isidoro*, in *Labeo*, n. 44, 1998, pp. 77 ss.; *Algunas consideraciones sobre los crimina contra las personas en las Etimologías de Isidoro*, in *Mélanges F. Sturm*, vol. I, Liège, 1999, pp. 777 ss.; LIEBS D., *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)*, Berlin, 2002, pp. 280 ss. La letteratura giuridica su Isidoro oscilla tra un completo scetticismo nei confronti di un contributo personale isidoriano che non sia frutto solo di *Mißverständnissen* e una maggiore apertura verso la lettura di indizi che portino a scoprirne finalità e motivazioni anche nella selezione e nella elaborazione che egli operò sulle fonti. Come messo in luce ultimamente da TRISCIUOGGIO A., *Sul divieto di usare le abbreviature nella trascrizione dei codici (a proposito di Isid. Siv. Etym.1.23.2)*, in *Studi Martini*, vol. III, Milano, 2009, pp. 759 ss., il lavoro sulle fonti rimane il più produttivo per chi pensa a Isidoro "come un mero traghettatore della cultura giuridica romana nel medio evo". Pure, chiunque creda che Isidoro stesso abbia offerto anche qualche indizio in più sul delicato periodo in cui egli visse, pervaso da aneliti di classicismo, misti a segni evidenti di innovazione, superando il pregiudizio assoluto precedente, pone il suo interesse sulla ricerca delle fonti, per cercare di riconoscere qualche prezioso sprazzo di informazione. Del resto notiamo come un giudizio *tranchant* quale quello di Wenger, fosse dovuto a una valutazione complessiva e unitaria del dato etimologico e di quello giuridico. Sappiamo che il primo non corrisponde mai a una valutazione linguistica scientifica e sembra al moderno linguista giustamente un po' *naïf*, ma anche questo aspetto, apparentemente segno di incompetenza o di superficialità, potrebbe essere invece frutto di un'altra modalità di approccio del dato semantico. D'altra parte anche le etimologie classiche attribuibili a giuristi della tempra di Servio, Labeone o Gaio sono il più delle volte per noi così assurde da apparire quasi comiche, ma non bisogna dimenticare che il loro scopo poteva essere anche meramente analogico, didattico o mnemonico.

² FONTAINE J., *Problemes de methode dans l'étude des sources isidoriennes*, in *Isidoriana*, cit., p. 123.

E non è più possibile allo studioso di oggi, seppur equipaggiato di tutto lo scetticismo del giurista dei secoli XIX e XX, compiere l'errore fatale di considerare Isidoro un mero contenitore di notizie più o meno fraintese dell'antichità. Esprimeva molto efficacemente questo concetto già il grande studioso di Isidoro Jacques Fontaine: "Le 'sourcier' d'aujourd'hui ne peut donc plus se permettre de passer à travers Isidore comme un antiquaire à travers un Musée archéologique. Les relations de cause à effet qu'il a cru découvrir entre telle source et tel texte isidorien sont loin de lui fournir une explication suffisante, ou même exacte, de la création littéraire chez Isidore de Séville. A s'en contenter, il ne risquerait rien moins que de prendre le Pirée pour un homme, – et la bibliothèque d'Isidore pour Isidore lui même. Or l'évêque de Séville n'est pas un simple fil sonore de l'érudition antique"³.

2. Qualche considerazione, tuttavia, può farsi e qui si tenterà un nuovo approccio, partendo, a titolo esemplificativo, da un lemma specifico, quello dedicato al precario⁴, istituto di complessa decifrazione già in epoca classica e che qui appare presentato, se possibile, in modo ancora più enigmatico.

Etym. 5.25.17: Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur, quasi precadium, R pro D littera commutata.

Il precario⁵, in quanto concessione gratuita liberamente revocabile, vide la luce in ambiente romano in un tempo nel quale dovette essere istituito assai utile, poiché veniva a svolgere quelle funzioni che posteriormente saranno fatte proprie da comodato e locazione⁶. Tuttavia, la

³ *Idem*, p. 120.

⁴ Ma, a considerazioni analoghe si può giungere attraverso l'analisi di altri lemmi giuridici isidoriani, quali, per limitare alla sola sezione privatistica: *pactum* (5.24.18), *mandatum* (5.24.20), *ratum* (5.24.21), *sacramentum* (5.24.31), *res* (5.25.3), *bona* (5.25.4), *depositum* (5.25.19); *iudex* (9.4.14), *pater* (9.5.7). V. per un approfondimento in questo senso, soprattutto del significato del dato etimologico, BIAVASCHI P., *Alcune considerazioni sulle etimologie giuridiche di Isidoro di Siviglia e le finalità intellettuali della c.d. "Edad sincrética"*, in DO-SO-MO. *Fascicula Mycenologica et Classica Polona* (sez. *Linguistica Graeca et Latina*; *Philologia Classica*), n. 10, 2012, in stampa.

⁵ BIAVASCHI P., *Ricerche sul "precarium"*, Milano, 2006, ove tutta la letteratura precedente.

⁶ Non per nulla sono stati scritti saggi al fine di provare o smentire l'origine della *locatio-conductio* dal *precarium*, tra cui si ricordi in particolare SCHERILLO G., *Locazione e pre-*

sua originaria e peculiare natura di concessione unilaterale basata sulle *preces*, è, in certo qual senso, una necessità tanto antica quanto sicuramente diffusa in ogni luogo, ed è certamente per questa ragione che Ulpiano, nel III secolo d.C., lo ritiene istituto di *ius gentium*, secondo alcuni facendo sua una considerazione più di carattere filosofico che di matrice storico-giuridica, ma in realtà, forse, descrivendo una situazione più concreta di quanto si voglia credere⁷.

L'istituto ha avuto una lunghissima storia, che ne ha determinato una profonda evoluzione nelle varie fasi del diritto romano, con una marcata tendenza, almeno a partire dall'epoca tardoclassica, a trasformarsi in forma contrattuale: non è inutile rivedere brevemente le più note opinioni della dottrina in proposito alla sua cosiddetta degenerazione (oggi noi diremmo meglio, depurati da un giudizio di carattere assiologico, trasformazione⁸).

Ernst Levy⁹, il quale si occupò in modo esclusivo del precario in epoca postclassica, fondò le sue convinzioni sull'idea del completo disfacimento di tutti i caratteri del precario classico durante il IV secolo d.C.: mentre, infatti, fino alla redazione delle *Pauli Sententiae*¹⁰ e della costituzione C.8.9.2¹¹ del 293 d.C., si possono rintracciare ancora gli elementi fondamentali del precario classico (in particolare in C.8.9.2 si cita la legittima-

cario, in *Rendiconti Istituto Lombardo di Scienze e Lettere. Classe di Lettere e Scienze Morali e Storiche*, II serie, n. 62, 1929, p. 393 (= *Scritti giuridici*, 2. 2. *Studi di diritto romano*, Bologna, 1995, pp. 440 s.).

⁷ Ulp. D.43.26.1 (Ulp., l. I institutionum): pr. *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*. 1. *Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*. 2. *Et distat a donatione eo, quod qui donat sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*. 3. *Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat*. V. BIAVASCHI P., *Ricerche sul "precarium"*, cit., pp. 304 ss.; *Profili antidogmatici del diritto romano: "in fundo morari", precario di "habitatatio" e "gratuita habitatio"*, in *Index*, n. 36, 2008, pp. 247 ss.

⁸ V. in proposito le parole di DE FRANCISCI P., *Note critiche*, in *Studi Volterra*, vol. I, Milano, 1971, pp. 1 ss. e FUSCO S.A., *Pecuniam commodare: aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo*, Perugia, 1980, pp. 66 s.: "Il che ai fini specifici dell'indagine storica non può non significare necessità di verifica di volta in volta, almeno sul piano delle ipotesi di lavoro, se le nuove forme non possono rappresentare coscienti innovazioni rispetto al passato e dunque creazione di diritto non 'decadente', non 'volgare', non 'postclassico', bensì semplicemente più attuale".

⁹ LEVY E., *Von römischen Precarium zur germanischen Landleihe*, in *ZSS*, n. 67, 1948, pp. 3 ss.

¹⁰ *Paul. Sent.* 5.6.10: *Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet*.

¹¹ C.8.9.2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Fabricio: Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur*. S. k. Dec. Sirmi AA.conss. (a.293 d.C.)).

zione passiva all'interdetto *quod precario*), già in C.7.39.2 del 365, l'istituto appare completamente modificato nella sua natura. Secondo l'autore tedesco, in tale costituzione occidentale¹², indirizzata da Valentiniano al *praefectus urbis Romae* Volusiano, il precario mostrerebbe quasi una sovrapposizione con il contratto di locazione-conduzione, tanto che i caratteri dei due istituti non sarebbero più stati tra loro ben distinguibili; inoltre C.7.39.2 fornirebbe la prova dell'avvenuto passaggio del precario da possesso a detenzione con l'accenno al pagamento di una *merces*. In poco più di mezzo secolo, i caratteri del precario classico sarebbero venuti meno e la sua originaria natura sarebbe stata persino di ostica comprensione per i giuristi del tempo. L'avvenuta crisi della *locatio-conductio*, contemporanea alla diffusione del colonato, avrebbe fatto sì che il vuoto da essa creato fosse riempito da un "nuovo" contratto, utilizzato in ambito agrario e basantesi su di una richiesta scritta (*epistula precatoria*), sul pagamento di una *merces* e sulla normalità delle cosiddette concessioni *ad tempus*, nonostante il permanere della revocabilità in determinate condizioni: era nato a quel punto, per Levy, un nuovo *precarium*.

Qualche anno più tardi l'ipotesi ricostruttiva dello studioso tedesco fu posta in dubbio da Claudio Sánchez Albórniz¹³, storico del diritto medievale che si era imbattuto nel *precarium* quando si era occupato dello *stipendium* ispano-gotico in relazione alle origini del beneficio in epoca prefeudale: l'Autore si sorprende soprattutto del fatto che Levy avesse potuto ipotizzare una degenerazione così rapida del plurisecolare istituto del precario in tempo tanto breve e in modo così radicale. Egli non si dichiarava convinto della "morte" del precario nel IV secolo d.C.: secondo l'Autore spagnolo, si sarebbe avuto, invece, un lento processo degenerativo

¹² Volusianus, dopo una brillante carriera (v. JONES A.H.M., MARTINDALE J.R., MORRIS J., *C. Ceionius Rufius Volusianus*, PLRE., vol. I, Cambridge 1997, pp. 978 s.), fu prefetto della città di Roma nel 365, ricevendo tra aprile e settembre da Valentiniano, che in quel periodo si trovava a *Mediolanum*, numerose costituzioni (C.Th.1.6.5; C.Th.11.14.1; C.Th.6.4.18; C.Th.12.1.67; C.7.39.2; Consult. 9.1; C.Th.11.32.1; C.1.19.5). C.7.39.2 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Volusianum pu.*): *Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possiderunt, eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. 1. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod locaverunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere aut annis omnibus super dominio suo publice protestari. D.VIII k. Aug. Valentiniano et Valente AA.conss. (a.365 d.C.).*

¹³ SANCHEZ ALBORNOZ C., *El stipendium hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal*, Buenos Aires, 1947, pp. 146 ss.; *El "precarium" en Occidente durante los primeros siglos medievales*, in *Études d'histoire de droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959, pp. 485 ss.

che avrebbe portato l'istituto a subire delle pesanti trasformazioni. La causa di tale metamorfosi sarebbe stata l'abitudine dei precaristi di invocare illegalmente la *praescriptio longissimi temporis*, al fine di divenire proprietari dei fondi; per ovviare a tale inconveniente, i concedenti avrebbero fatto in modo di prevenire il problema, redigendo per iscritto la concessione, limitandola a un tempo definito e rendendo il contratto oneroso. Sánchez Albórniz crede, tuttavia, di ravvisare la genesi di alcune di queste trasformazioni già in epoca classica; poi, compiendo delle ricerche in epoca medievale, rintraccia alcuni degli aspetti del precario classico in concessioni beneficarie, non solo ispano-gotiche, ma anche merovinge, carolingie e addirittura in documenti risalenti al XIII secolo¹⁴. L'opinione dell'autore è

¹⁴ Secondo ZAMORANI P., *Precario habere*, Milano, 1969, *passim*, invece, il precario sarebbe stato per tutta l'età classica considerato non come rapporto o concessione, ma come un vizio del possesso, e ciò sarebbe dimostrato anche dall'uso scarsissimo e, a parere dell'Autore, sempre sospetto in epoca classica, del sostantivo *precarium*. Zamorani, nella sua analisi risalente al 1969, rimette buona parte delle conclusioni all'indagine interpolazionista, considerando opera dei compilatori giustinianeî molte asserzioni presenti nel Digesto che, a suo avviso, allontanerebbero l'interprete dalla comprensione del precario classico. In generale, in quanto vizio del possesso, il precario sarebbe stato caratterizzato fino al termine dell'epoca classica, con poche irrilevanti eccezioni, dalla sua natura possessoria. Solo in epoca postclassica, dal IV secolo in poi, la caduta dell'*exceptio vitiosae possessionis* avrebbe fatto sì che si cercasse una nuova forma giuridica cui accostare l'istituto. In Occidente, essa sarebbe stata reperita nel contratto di comodato, mentre dall'Autore si nega una ulteriore degenerazione fino alla trasformazione nel medievale contratto di *precaria*, che sarebbe invece indipendente e di origine germanica; in Oriente, invece, oltre a ravvisarsi la somiglianza con il comodato, si sarebbe sviluppata anche l'idea di accostare il precario all'istituto bizantino della locazione *quoad locator vellet*, scardinandone completamente la struttura originaria. Per i giustinianeî poi, la mutazione dell'istituto sarebbe stata radicale: esso sarebbe divenuto un contratto di prestito gratuito appartenente al *genus* delle *liberalitates* e protetto dall'*actio praescriptis verbis*. Tuttavia sosteneva Marrone (MARRONE M., *Precario habere e precarium*, in *Labeo*, n. 17, 1971, pp. 211 s.): "... a me pare di potere ritenere che quello di vizio del possesso non fu l'esclusivo punto di vista dei giuristi classici in materia di precario ... È pertanto del tutto possibile che ... essi abbiano configurato il precario anche diversamente che come vizio del possesso, alla stregua di quella che era la considerazione di esso sul piano sociale: un prestito gratuito di specie; onde l'accostamento alla donazione". Completava il quadro PROVERA G., *Rec. Zamorani, Precario habere*, in *Index*, n. 1, 1970, p. 385: "A nostro avviso, il superamento della nozione del precario come vizio del possesso deve collocarsi in epoca ben anteriore a quella indicata dall'Autore. A parte la considerazione che numerose testimonianze delle fonti non lasciano dubbi sulla circostanza che il *precarium* già in piena epoca classica era suscettibile di applicazioni escludenti il trasferimento del possesso, ci sembra altresì difficilmente sostenibile la tesi secondo cui l'emersione di una prospettiva negoziale del *commodatum*, si sarebbe verificata solo ad opera delle scuole postclassiche occidentali". Con una visione focalizzante l'epoca più tarda e i primi secoli del Medioevo, SCHUPFER F., *Il diritto privato dei popoli germanici*, vol. II, *Possessi e domini*, Città di Castello-Roma-Torino-Firenze 1907, p. 274, sosteneva che "... soltanto bisognerà rinunciare ad una vecchia idea preconcepita, che domina nella scienza, e che potrebbe anche costituire un vecchio pregiudizio, che, cioè, la *precarii rogatio* del diritto romano fosse una concessione veramente e meramente precaria,

condivisibile: l'equivoco di coloro che lo precedettero era sorto a causa di una visione eccessivamente dogmatica dell'istituto, che si presenta invece come una realtà particolarmente malleabile già in epoca classica e per questo difficilmente schematizzabile dai giuristi severiani, più tesi a strutturare un discorso di carattere sistematico.

Come ben noto, il punto di vista dei giuristi romani partiva normalmente dalla tutelabilità delle situazioni giuridiche dal punto di vista processuale: lo scopo era la difesa dell'interesse leso, quindi nella pratica la miglior linea strategica, quella che offriva le maggiori possibilità di vittoria nel processo. Si comprendono a questo punto gli sforzi dei giuristi tardoclassici di inquadrare il precario come situazione protetta non solo dalla tutela interdittale, utilizzando un criterio che potremmo definire analogico¹⁵: in questo modo sorgono le definizioni che lo avvicinano al comodato da una parte, alla donazione dall'altra. *Precarium simile comodato ... distat a donatione ...*, dice Ulpiano¹⁶ e Paolo lo ricomprende tra i *beneficia*¹⁷.

Rispetto all'originaria struttura di semplice concessione unilaterale, sembra dall'epoca classica in poi prender vita una doppia natura del precario che comincia a viaggiare su due sentieri differenti, la cui impossibile netta separazione ha creato tanti problemi a coloro che hanno tentato di essere interpreti delle fonti: l'uno, per così dire istituzionalizzante, che, lungo un percorso di progressiva riflessione giuridica porterà il precario a essere inquadrato, in collegamento con il procedimento interdittale, come vizio del possesso e poi via via sempre più avvicinato ai negozi giuridici, per poi diventare un contratto esso stesso; l'altro, che tenderà sempre – come si nota chiaramente anche nella più parte del materiale epigrafico¹⁸ – a conservare il *precarium* come mera concessione gratuita

mentre la *precaria* del medio evo sarebbe stata fatta, invece, stabilmente per un certo tempo, o per tutta la vita, forse anche per tutta la posterità. Tale pregiudizio, non è suffragato se non da una lunga consuetudine". Del resto è sufficiente una lettura del celsino D.43.26.11 (*Celsus, l. VII digestorum*): *Si debitor rem pignoratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur: quippe id actum est usque eo precarium teneret.*) per giungere alle medesime conclusioni. Kaser, poi, nella sua completa e scrupolosa recensione a Zamorani (KASER M., *Zur Geschichte des "precarium"*, in ZSS., n. 89, 1972, pp. 94 ss.), quasi un nuovo trattato sul tema, non condivideva la qualificazione del precario in età classica esclusivamente come vizio del possesso, cogliendo uno sviluppo dell'istituto in senso pre-negoziale già precedentemente all'epoca postclassica e giudicando alcune delle antinomie presenti nel Digesto come dovute più a controversie giurisprudenziali che come frutto di interpolazioni postclassiche o giustiniane.

¹⁵ BIAVASCHI P., *Ricerche*, cit., *passim*.

¹⁶ Ulp. D.43.26.1.1.

¹⁷ Paul. D.43.26.14.

¹⁸ ROELS W., *Het voorwerp en de Toepassingen van het "precarium"*, in RIDA., n. 6, 1951 pp. 177 ss.; MICHEL J., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, pp. 131 ss.; tutta la valuta-

basata essenzialmente ed esclusivamente sulle *preces*, lontana da ogni rigido inquadramento dogmatico. Il precario si presenta quindi nelle fonti classiche, così come in quelle postclassiche e giustinianee, come una realtà giuridica sfaccettata e complessa, considerata con il tempo particolarmente utile in situazioni specifiche, soprattutto se associata a dei contratti, quali la compravendita o il pegno¹⁹.

3. Tale breve resoconto può chiarire quanti problemi sollevi un'attenta lettura delle *Etimologie* isidoriane, che si presentano ricche di elementi diversi tra loro intrecciati. È opportuno qui riprendere il testo in esame, per poterlo più puntualmente passare in rassegna:

Etym. 5.25.17: Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur, quasi precadium, R pro D littera commutata.

Il più rilevante aspetto da prendere in considerazione riguarda la limitatezza del contenuto del lemma: se molti passi del Digesto²⁰, tra l'altro anche assai dibattuti dalla dottrina, ci parlano della larga applicazione del precario in associazione con la *fiducia* e con il *pignus*²¹, tuttavia la definizione isidoriana di *precarium* per varie ragioni non può che lasciare stupito e confuso lo studioso di diritto romano, dal momento che, senza dubbio, un giurista classico non avrebbe mai limitato a una sola applicazione la figura del precario, e neppure l'avrebbe fatto un giurista del tardo-antico: al contrario, fu proprio a causa della sua predetta fluidità e adattabilità che l'istituto ebbe una notevole longevità, non limitandosi mai a un unico impiego specifico.

Pensare, per questo lemma, all'ingenua "sforbiciata" di un manuale di

zione delle fonti epigrafiche è stata approfondita in BIAVASCHI P., *Ricerche sul "precarium"*, cit., pp. 71 ss.

¹⁹ *Idem*, pp. 361 ss.

²⁰ Possiamo citare come attinenti al tema i passi di Giuliano D.13.7.29; D.19.2.4; D.41.2.36; D.41.3.33; D.43.26.18; D.44.7.16; quello, essenziale, di Celso D.43.26.11; Gai.259-60; Fior. D.13.7.35.1; Ven. D.43.26.21; Macr. D.2.8.15.2 e i frammenti ulpiani, D.13.7.22.3; D.24.1.32.5; D.43.26.6.4.

²¹ Sul problema, ERBE W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 85; TONDO S., *Pignus e precarium*, in *Labeo*, n. 5, 1959, pp. 157 ss.; KASER M., *Besitzpfand und besitzloses Pfand*, in *SDHL*, n. 45, 1979, pp. 49 ss.; BELLOCCI N., *La struttura della fiducia*, Napoli, 1983; NOORDRAVEN G., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, pp. 180 ss.; 195 ss.; GARCÍA VASQUEZ C., *Precarium suae rei*, in *BIDR.*, n. 94, 1991, pp. 194 ss.; BIAVASCHI P., *Ricerche*, cit., in particolare pp. 143 ss.

diritto è ipotesi rassicurante, ma forse troppo semplicistica: Isidoro non era un giurista, ma neppure possiamo acriticamente supporre che non comprendesse affatto ciò che leggeva e che tramandava ai posteri, nello specifico riguardo al tema in oggetto: infatti le sue mansioni episcopali lo mettevano quotidianamente in contatto con istituti giuridici, tra i quali, come vedremo, non vi è dubbio che vi fosse anche il precario; quest'ultimo, anzi, nella sua versione trasformata, divenne forse uno dei rapporti più utilizzati per la concessione di terre ai contadini e ai chierici, oltre che essere impiegato in taluni casi da parte dei regni barbarici nei confronti di comunità religiose come, ad esempio, quelle monastiche.²²

È necessario quindi, a mio parere, svolgere un'indagine ulteriore, e cercare di comprendere le reali ragioni che spinsero il vescovo spagnolo a proporre una siffatta definizione di *precarium*. Bisogna partire dall'indagine sulle fonti impiegate dal vescovo savigliano: mentre si osserva l'estraneità delle *Institutiones* gaiane²³, colpisce invece l'analogia tra il lemma isidoriano e l'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*, un testo che con tutta probabilità Isidoro avrebbe potuto consultare nella sua biblioteca, dal momento che si tratterebbe di una raccolta visigotica o forse previsigotica, ma riconducibile alla Gallia meridionale o a una regione limitrofa²⁴:

Interpr. Paul Sent. 5.6.7: Vi possidet, qui impetu efficaci depulso adversario possidet; clam possedissee videtur, qui ignorante et inscio domino possessionem occupat; precario, qui per precem postulat, ut ei in possessione permissu domini vel creditoris fiducia morari liceat.

Già dopo una breve comparazione, balza all'occhio l'utilizzo di termini simili o uguali da parte di Isidoro e dell'autore dell'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*: *permissu* – *permittit*; *per precem* – *prece*; *creditor rogatus* – *fiducia creditoris*; *in possessione* – *in possessione fundi*; *demorari* – *morari*, al punto che sembra difficile considerare il lemma isidoriano autonomo dalla *Interpretatio*. Degni di nota sono i rinvii al concetto classico

²² PIVANO S., *I contratti agrari nell'alto medio evo*, Torino, 1904; SCHUPFER F., *op. cit.*, pp. 269 ss.; PIVANO S., *Origine e primi sviluppi del contratto di precaria*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, n. 26-27, 1953-4, pp. 69ss.; SÁNCHEZ ALBÓRNOZ C., *El stipendium hispano-godo*, cit., pp. 492 ss.

²³ Già rilevata da DE CHURRUCA J., *Las instituciones*, cit., pp. 78 s.

²⁴ SCHELLENBERG H., *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, Göttingen, 1965, p. 131, su cui la recensione di FRANCIOSI G., *Orientamenti in tema di interpretatio alle Pauli Sententiae*, in *Labeo*, n. 16, 1970 pp. 392 ss.; WIEACKER F., *Zur Effektivität des Gesetzesrechts in der späten Antike*, in *Studi Donatuti*, vol. III, Milano, 1973, pp. 1415 ss.; FUSCO S.A., *op. cit.*, pp. 82 ss.; DE CHURRUCA J., *Las Instituciones*, cit., pp. 78 s.

di precario (identificato chiaramente dalle parole *prex-precis* e dall'isidoriano *rogatus*) e, allo stesso tempo, l'inserzione di elementi caratteristici del periodo postclassico, quali la ormai generalizzata riduzione del *precarium* a mera detenzione, marcata dall'uso sia della nota espressione *in possessione*, sia del verbo *morari-demorari*, utilizzati in epoca classica solo per situazioni specifiche e, in certo qual senso, residuali²⁵.

Tuttavia, nonostante i molti palesi tratti comuni tra i due passi, ne permangono altri che non coincidono, o che, piuttosto, inducono a osservare come l'autore iberico abbia oggettivamente introdotto talora un elemento in più, talaltra una differenza che si rivela strutturale rispetto al testo giuridico cui si sarebbe ispirato. In primo luogo bisogna notare che le *Etymologiae* descrivono il precario solo e unicamente nella sua accezione di negozio²⁶ accessorio rispetto al pegno (tra breve si dirà perché, a mio parere, si parla di pegno e non di *fiducia*), mentre l'*Interpretatio* afferma chiaramente *permissu domini vel creditoris*; in secondo luogo, Isidoro cita apertamente e univocamente come oggetto del precario i *fundi*, una limitazione che non viene effettuata dall'*Interpretatio*, la quale si rivela più cauta rispetto all'indubbia trasformazione del precario nel tardo postclassico, particolarmente in Occidente; in terzo luogo vale segnalare anche la menzione alla percezione dei frutti, che denota l'avvicinamento dell'istituto all'usufrutto²⁷. Sparisce invece significativamente in Isidoro il termine *fiducia*, che a mio parere nell'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*, in questo, come in altri casi, sembra usata in modo atecnico²⁸, mentre nel lemma isidoriano compare il termine *obligati*, normalmente usato in riferimento al

²⁵ BIAVASCHI P., *Profili antidogmatici*, cit., pp. 250 ss.

²⁶ Si noti come il lemma *precarium* sia inserito da Isidoro tra quelli che presentano i contratti, segno indiscusso dell'evoluzione dell'istituto che ormai ha assunto in linea di massima una struttura di carattere negoziale: prima del precario, Isidoro presenta locazione e comodato, dopo, mutuo, deposito e pegno.

²⁷ Il processo di avvicinamento del precario ad altri istituti, come la donazione, i contratti di comodato o di locazione, oppure l'usufrutto, è lungo e comincia con considerazioni di carattere analogico già in epoca tardoclassica (con buona pace di coloro che hanno cercato di espungere ogni riferimento estraneo a un precario-possesto come concessione gratuita e revocabile). Si veda Ulp. D.43.26.6.2 (*Ulp., l. LXXI ad edictum*): *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*. Tuttavia è solamente a partire dall'epoca tardoimperiale che il predetto avvicinamento prenderà sempre più piede (v. SCHUPFER F., *op. cit.*, p. 280).

²⁸ SCHELLENBERG H., *op. cit.*, pp. 69 ss.; se il dato oggettivo è approvato da FRANCIOSI G., *Rec. Schellenberg, Die Interpretationen*, cit., 396, egli tuttavia pare rimpiangere l'assenza di approfondimento di tali temi sostanziali.

pegno (*res obligata*)²⁹, e ovviamente non attribuibile alla *fiducia*, in cui si ha il trasferimento di proprietà della cosa³⁰.

Come già osservato precedentemente, è assai poco probabile che Isidoro non comprendesse *tout court* gli istituti di cui parlava³¹, dal momento che, immediatamente dopo il lemma *precarium*, vi sono proprio quelli dedicati alle definizioni di *pignus* e *fiducia*³² e in essi si può notare una notevole aderenza alle concezioni classiche: il lemma *fiducia* offre una corretta descrizione dell'ormai obsoleto istituto³³, mentre alla voce *pignus* viene altrettanto correttamente usata l'espressione *propter rem creditam obligatur*.

In *Precarium*, infine, l'esplicito cenno ai *fundi* ha fatto dubitare parte della dottrina sul fatto che si facesse riferimento al pegno³⁴, poiché quest'ultimo usualmente aveva come oggetto cose mobili: tuttavia, a parte la considerazione che già in epoca classica vi sono esempi di pegno di immobili³⁵, si può ipotizzare che il riferimento ai fondi sia stato inserito successivamente alla stesura originaria della frase, in epoca postclassi-

²⁹ Ne parla diffusamente con citazione della letteratura e delle fonti, CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. I, Torino, 2001, p. 324 nt. 254.

³⁰ Assurdo in questo senso il perdurare del riferimento alla *fiducia* da parte di DE CHURRUCA J., *Las instituciones*, cit., pp. 72 ss., giustificato solo dal problema, certamente presente, ma non insuperabile, della citazione dei *fundi*.

³¹ Un dubbio che può fondatamente sorgere, vista la confusione dell'uso dei vocaboli *pignus* e *fiducia* dopo la sostanziale e definitiva scomparsa di quest'ultima già all'alba del postclassico. Un esempio più tardo è il *Glossarium Amplon.* (CGL 5, 294, 60), risalente al nono secolo: *Fiduciarius possessor qui possessionem occupat pigneris nomina per quantalibet et tempus et sum[mam] pecuniam*.

³² Isid., *Etym.* 5.25.22: *Pignus enim est quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Ceterum dominium penes debitorem est. 23: Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*.

V. anche la definizione, meno accurata e proveniente da altra fonte, di Boeth., *In topica Ciceronis commentaria* 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet*.

³³ V. per tutti KASER M., *Das römische Privatrecht*, vol. II., *Die nachklassisches Entwicklung*, München, 1975, p. 313.

³⁴ Non si dimentichi l'influsso che in questa valutazione può aver avuto il confronto Gai.2.59-61 e la convinzione piuttosto diffusa che Isidoro si sia servito, se non direttamente del manuale gaiano, almeno di una sua epitome o rielaborazione postclassica. Gai. 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret, quo casu lucrativa usucapio competit*. L'accenno di Gaio al precario in questo contesto è, come si nota, puramente secondario e l'istituto viene citato, insieme al comodato, come mezzo per evitare lo spiacevole fenomeno dell'*usureceptio*.

³⁵ CANNATA C.A., *op. cit.*, pp. 324 s.

ca³⁶, quando era invalso tale uso; a mio avviso, non è neppure da escludere l'eventualità che tale aggiunta sia una glossa dello stesso Isidoro, in contatto quotidianamente con questo genere di concessioni precarie.

Considerate le simiglianze, ma anche le differenze tra il lemma isidoriano e l'*Interpretatio*, le ipotesi che si presentano possono essere ricondotte a tre e gli elementi a nostra disposizione non permettono di giungere a una scelta univoca tra di esse: Isidoro potrebbe aver avuto a disposizione come fonte giuridica un testo più risalente, ma evidentemente postclassico, che non ci è giunto e di cui non abbiamo ulteriori informazioni, oppure potrebbe aver consultato un'opera di poco posteriore all'*Interpretatio*, forse scritta in Spagna nel V-VI secolo proprio sulla base di quella, seppure con qualche modificazione di rilievo; una terza possibilità, sicuramente la più interessante dal nostro punto di vista, pur rimanendo meramente congetturale, è che il vescovo iberico abbia attinto direttamente dall'*Interpretatio*, la quale, come detto, secondo seri studi potrebbe essere stata compilata in epoca visigotica³⁷, forse nella Gallia meridionale³⁸, ed abbia apportato egli stesso al breve testo alcune significative mutazioni.

4. Già per altre aree tematiche, diverse da quella giuridica, in particolare la retorica, la grammatica, la filosofia, la dottrina ha efficacemente nota-

³⁶ Un'asserzione limitante il precario ai soli fondi, in ogni caso, non sarebbe attribuibile a un giurista classico.

³⁷ KÜBLER B., *op. cit.*, pp. 496 ss.; SCHMEKEL A., *Isidorus von Sevilla. Sein System und seine Quellen*, Berlin, 1914, p. 163; TABERA A., *op. cit.*, p. 24 nt.1; D'ORS A., *En torno a la definición isidoriana del ius gentium*, in *Derecho de gentes y organización internacional*, Zaragoza, 1956, pp. 9 ss., ipotizzano l'uso da parte di Isidoro di un manuale di carattere giuridico scritto in Spagna dopo la pubblicazione del Codice Teodosiano e prima del Codice Giustiniano, nel quale fossero presenti passi di Gaio, Paolo e Ulpiano, eventualmente glossati e commentati; KREUTER N., *Römisches Privatrecht im 5. Jh. nach Chr. Die Interpretatio zum westgotischen Gregorianus und Hermogenianus*, Berlin, 1993, pp. 116 s., sembra più portato a ritenere la Gallia gotica la principale culla della cultura giuridica occidentale in quel periodo (così si è pensato anche per la *Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*). Naturalmente si ritiene spesso che questa fonte tarda abbia contenuto passi delle Istituzioni di Gaio così come frammenti di Paolo e Ulpiano, date le evidenti tracce di queste fonti nelle *Etymologiae*; viene considerata scontata, poi, la possibilità da parte del vescovo sivigliano di consultare costituzioni del Codice Teodosiano, almeno quelle contenute nel *Breviarium*. Al contrario, quasi tutti gli studiosi sono concordi nel notare la totale assenza di indizi che lascino supporre la conoscenza del *Corpus iuris* giustiniano, fatto che in realtà, considerati i rapporti bellicosi tra Visigoti iberici e i Bizantini, e le vicende personali della famiglia di Isidoro, non lascia stupiti: si può comunque confermare che non vi è segno evidente della consultazione del *Corpus iuris* neppure riguardo al lemma *precarium*.

³⁸ Tutte le varie ipotesi sono riassunte da MENTXACA R., *Algunas consideraciones*, cit., p. 335.

to che le scelte di Isidoro costituiscono un importante mezzo di conoscenza delle sue convinzioni e dei suoi obiettivi; riprendendo il discorso di Fontaine: “Un véritable retournement de mentalité – une sorte de *metanoia* d’ordre scientifique – s’impose donc au chercheur. Il lui faut superposer et substituer aux prospectives de causalité, qui sont celles de sa première recherche, de nouvelles perspectives inverses des précédentes: celles des fins poursuivies par l’écrivain dans son choix et son adaptation des sources sur lesquelles il travaille”³⁹.

Per tali ragioni, che qui si condividono pienamente, dopo aver osservato la fonte più simile al lemma *precarium*, contenuta nell’*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*, è conveniente gettare uno sguardo non solo su ciò che il testo dice esplicitamente, ma anche su quello che vi manca, ossia su ciò che ci aspetteremmo di leggerci, ma stranamente non vi viene descritto: anche l’assenza di elementi, infatti, può costituire un notevole indizio della mentalità isidoriana, poiché il selezionare e lo scartare sono senz’ombra di dubbio mezzi efficaci per scegliere e per offrire una determinata immagine a un istituto.

Se, infatti, rispetto al precario di epoca classica, si è subito messa in luce la macroscopica limitazione nelle *Etymologiae* unicamente al precario di pegno, fattispecie che costituiva in realtà solo una delle applicazioni dell’istituto, allo stesso modo si può asserire che non vi è traccia in Isidoro dell’evoluzione che il precario subì in epoca postclassica, nè dell’avvicinamento progressivo (e in parte addirittura della sostituzione) a contratti quali il comodato e la locazione, la quale aveva nel frattempo subito una progressiva gravissima crisi⁴⁰. Neppure si cita la prassi, che si direbbe alquanto diffusa, considerando le tracce presenti nella compilazione teodosiana e in diversi documenti più tardi, dell’abitudine di richiedere al precarista il pagamento di una *merces* più o meno simbolica, forse allo scopo di evitare la possibile pericolosa richiesta, proprio da parte del *precario accipiens*, della dichiarazione della *praescriptio longissimi temporis*⁴¹, una preoccupazione diffusa in tutta l’epoca tarda, condivisa anche dalla Chiesa⁴².

Come si è precedentemente accennato, la dottrina si divide tra coloro che ritengono, Levy *in primis*, che il precario come semplice concessione sia completamente degenerato nel corso del IV secolo in un istituto

³⁹ FONTAINE J., *Problemes de methode*, cit., p. 120.

⁴⁰ Si vedano in proposito le considerazioni esaustive di SCHUPFER F., *op. cit.*, pp. 280 ss.; PIVANO S., *Origine e sviluppi*, cit., pp. 69 ss.; GALANTE A., *Il beneficio ecclesiastico*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. II.2, Milano, 1895, pp. 53 ss.; LEVY E., *op. cit.*, pp. 3 ss.; ZAMORANI P., *op. cit.*, pp. 75 ss.

⁴¹ SÁNCHEZ ALBÓRNOZ C., *El precarium*, cit., pp. 31 ss.

⁴² SCHUPFER F., *op. cit.*, p. 281.

commisto con le caratteristiche della locazione, e coloro che invece sono convinti che esistano consistenti tracce della permanenza di elementi classici (non il precario come possesso, naturalmente, quanto piuttosto come semplice concessione revocabile avente natura ormai di mera detenzione); alcuni sono convinti che tale istituto sia strettamente connesso con il contratto di *precaria* medievale, altri che si tratti di due realtà giuridiche completamente indipendenti⁴³. In ogni caso tutti, sulla scorta delle testimonianze presenti nel Codice Teodosiano⁴⁴, nelle *Pauli Sententiae*⁴⁵ e nella sua *Interpretatio*, nella *Lex Romana Visigotorum*⁴⁶ e in quella *Burgundionum*⁴⁷, fino al Concilio di Epao⁴⁸ e ad altre fonti ecclesiastiche⁴⁹, sono concordi nell'affermare che un precario come libera concessione di terre (più o meno gratuita, più o meno revocabile), indipendente da ogni altro contratto, esisteva ancora e prosperava non solo fino

⁴³ Si veda per questo la rassegna bibliografica presente in ZAMORANI P., *op. cit.*, pp. 98 s.

⁴⁴ Si veda in particolare la dibattuta C.Th.7.39.2: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. AD VOLUSIANUM P.U. *Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. 1. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod locaverunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.* (a. 365)

⁴⁵ *Paul. Sent.* 5.6.10: *Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. 11. Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet.*

⁴⁶ *Lex Visig.* 10.1.12: *De terris quae definito annorum numero per placitum dantur. Si per precariam epistulam certus annorum numerus fuerit comprehensus, ita ut ille qui suscepit, terras post quodcumque tempus domino reformaret, iuxta conditione placiti terram restituere non moretur.*

⁴⁷ *Lex. Rom. Burgund.* 35.2: *Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessione fuerit subsecuta. Si vero post possessionem dierum aut mensium precaria fuit subsecuta, ut ille iterum rem videatur possidere qui vindidit, documenti professio firmitatem precariae possessionis obtineat.*

⁴⁸ *Conc. Epao*, can. 18: *Clerici quod etiam sine precatoriis qualibet diuturnitate temporis de ecclesiae remuneratione possiderint, cum auctoritate domini gloriosissimi principis nostri in ius proprietarium praescriptione temporis non vocetur, dummodo pateat ecclesiae rem fuisse, ne videantur etiam episcopi administrationis proluxae aut precaturias, cum ordinati sunt, facere debuisse aut diu tentas ecclesiae facultatis proprietati suae posse transcribere.*

⁴⁹ *Corpus iuris Canonici*, 3.14.3: *Precarium utendum conceditur quamdiu patitur qui concessit. Solvitur quoque obitu eius cui concessum est non etiam concedentis aut cum ipsum alienari contigit alicui hic revocare volenti, quia per conventionem huiusmodi non licet rem alienam invito domino possideri. Porro precariae, quae quandoque de ecclesiarum possessionibus fieri solent, non sunt pro voluntate concedentis revocandae.*

all'epoca visigotica⁵⁰, ma addirittura fino a Medioevo inoltrato, forse per la sua fluidità e malleabilità in grado di avvicinarlo a istituti graditi come il colonato o l'usufrutto. Perché allora Isidoro non ne fa cenno? Perché la definizione del vescovo spagnolo, in fin dei conti, appare quasi come una creatura avulsa da ogni epoca, distante tanto dalla realtà classica, quanto da quella postclassica o visigotica?

5. Se è vero, dunque, che l'originalità di Isidoro si può dedurre precipuamente dalla scelta delle fonti, allora forse si può trarre dal lemma qualche conclusione in più: l'unica alternativa consiste nel considerare Isidoro un semplice trascrittore di sconnesse definizioni e di semplici descrizioni giuridiche o pseudogiuridiche, inconsapevole della loro maggiore o minore verosimiglianza. Dal momento che vi è sempre tempo per attribuire una tale insipienza al lavoro del vescovo spagnolo, si può invece prendere in considerazione l'ipotesi, pur con tutte le limitazioni che la cultura superstite del suo tempo impone, che egli non fosse così ingenuo, in particolare nei confronti delle trasformazioni giuridiche e politiche contemporanee.

Se così è, allora la strana definizione di *precarius*, che si rivela nella sua arbitraria incompletezza del tutto distaccata sia dal precario classico, sia da quello postclassico in tutte le sue forme, deve avere una qualche spiegazione plausibile: essa, a mio avviso, va cercata nella comprensione degli intenti dell'opera isidoriana e può essere trovata solamente evitando di valutarla aprioristicamente senza calarla nella temperie storico-politica del suo tempo.

In quel delicato, ma anche entusiasmante, momento storico, in cui, grazie all'operato di Leovigildo e di Recaredo I, i Visigoti avevano in pratica riunito la Spagna sotto un unico regno, la funzione primaria delle *Etymologiae* era quella di istruire la *leadership* visigotica attraverso l'insegnamento della parola del passato e di costruire una autentica *societas Christiana*, accompagnata da un potere politico forte e degno. Esaminando il "problema" del valore di Isidoro dal punto di vista generale, lo storico della filosofia Cruz Hernández⁵¹ inquadra opportunamente la

⁵⁰ *Formulae Visigothicae (Precaria, nn. 36-37)*, in ZEUMER K. (a cura di), *Monumenta Germaniae Historica, Formulae Merovingici et Karolini Aevi*, Hannover, 2001, p. 591.

⁵¹ CRUZ HERNÁNDEZ M., *San Isidoro y el problema*, cit., p. 413, appoggia l'ipotesi di una sorta di "Renacimiento visigodo" collocato cronologicamente tra la fine del VI secolo e il secondo terzo del VII. Pure FONTAINE J., *Isidore*, cit., p. 817, coglie in pieno questo aspetto: "Isidore ne vit pas dans un nostalgie désolée de la grandeur romaine, mais il accepte et comprend le sens du nouvel âge dans lequel il vit: l'éveil médiéval de la nationalité hispanique a été senti par lui avec enthousiasme", sulla scorta anche degli studi di STEIDLE B.,

figura del vescovo di Siviglia all'interno del suo tempo, valutando le sue conoscenze e la sua capacità di interpretazione del mondo classico sulla base dell'epoca in cui visse. Egli considera l'abbondante e ambiziosa produzione isidoriana come completamente immersa negli eventi costitutivi del regno visigotico: "En los momentos en que vive san Isidoro, se ha realizado casi absolutamente la unidad política de Hispania y su labor puede ser considerada – sin duda – como el resultado cultural de la obra política de Leovigildo y Recaredo I". Se, come credo, deve essere accolta tale tesi, che è oggi divenuta quella maggioritaria tra gli studiosi dell'opera isidoriana nel suo complesso, bisogna abbandonare pure l'idea un po' stantia di un Isidoro erudito isolato, con una passione antiquaria per la storia e per il diritto romano, cultore entusiasta dell'antichità, ma completamente "bendato" dall'ignoranza diffusa negli incipienti secoli bui. È opportuno, a questo riguardo, ricordare che in origine l'opera era dedicata al re visigoto Sisebut, di cui il vescovo era consigliere e al quale aveva più volte promesso di terminare il grande lavoro⁵².

Isid. *epist.* 6: en tibi, sicut pollicitus sum, misi opus de origine quarundarum rerum ex veteris lectionis recordatione collectum atque ita in quibusdam locis adnotatum, sicut extat conscriptum stilo maiorum.

Isidoro, grande estimatore dell'antica Roma e della sua sapienza, intendeva trasmettere la lezione di Roma ai barbari; a differenza di Gregorio Magno (che era apertamente piuttosto diffidente riguardo all'utilità, in un mondo cristianizzato, dello studio delle raffinatezze della grammatica e della retorica classiche), e persino più di Cassiodoro⁵³, egli riteneva che l'antichità potesse ancora recare uno straordinario magistero di giustizia e di chiarezza.

Palesemente, per il vescovo di Siviglia, il diritto era parte integrante dello studio della retorica, e, per tale ragione⁵⁴, poteva essere validamente impiegato per scopi che oggi definiremmo pedagogici⁵⁵, in particolare

Der heilige Isidor von Sevilla und die Westgoten, in *Benediktinische Monatschrift*, n. 18, 1936, pp. 425 ss.

⁵² FONTAINE J., *Isidore*, cit., vol. II., p. 817.

⁵³ *Idem*, pp. 805 s.: "Cassiodore ... veut filtrer à l'usage des moines la culture profane indispensable à l'exercice de la vie religieuse. ... il se montre plus réservé qu'Isidore envers la culture païenne".

⁵⁴ Come era stata la storia per molti autori classici, *magnum opus rhetoricum* (si ricordino Livio, Cicerone, ma anche Valerio Massimo e, in diverso modo, Polibio).

⁵⁵ In questo senso, è sufficiente una semplice lettura delle sezioni giuridiche delle *Etymologiae* per trovare elementi di riscontro. V. in particolare la nt. 4. Per il "didattismo" di Isidoro, FONTAINE J., *Isidore* cit., vol. II., pp. 808; 811.

nei confronti di coloro che costituivano l'*élite* aristocratica visigotica. Nella dedica al re Sisebut riportata poco sopra non deve, peraltro, sfuggire l'incisiva descrizione che Isidoro compie del proprio lavoro, che egli presenta da un lato come composto sulla base del ricordo delle sue letture di opere della classicità, *sicut exstat conscriptum stilo maiorum*, dall'altro come *in quibusdam locis adnotatum*, una testimonianza diretta di intervento personale sulle fonti che non può e non deve essere preterita da chi si occupa dell'opera.

Il passato diventa così un mezzo di persuasione di primaria importanza per il raggiungimento degli ideali isidoriani: la virtù romana, creatrice del diritto può essere inculcata anche nei rozzi barbari al fine di instaurare un regno stabile e unitario, magari sorretto dall'unità linguistica del latino, per costruire finalmente la tanto agognata concordia e pace⁵⁶. Se la luce di Roma antica, maestra nella retorica e nel diritto, in questo senso assume un ruolo essenziale, in tutto ciò non si deve dimenticare la presenza pregnante nell'opera dell'imprescindibile e onnipresente guida moralizzatrice cristiana⁵⁷; l'enciclopedica opera di Isidoro tende così a inglobare, piegare e reinterpretare a uso e consumo della posterità, con i mezzi e con gli intenti differenti della nuova era, l'enorme bagaglio della cultura dell'antichità classica, spesso semplificato e schematizzato⁵⁸, attingendo ai commentari, alle epitomi, ai prontuari del tardo impero romano. Qui sta la principale delle molte ragioni dell'enorme successo delle *Etymologiae* nel Medioevo.

6. Per ritornare al nostro particolare, è necessario affrontare il quesito cardine che ci si è posti: perché una descrizione del precario in *Etym.*

⁵⁶ SCHREIBER H., *I goti*, Milano, 1981, p. 258, sostiene: "Il verboso vescovo è quindi convinto che lo scrigno di Spagna racchiuda i tesori dello spirito, della sapienza ... e ci fornisce in tal modo un elemento importante: la persistenza di una civiltà spiritualmente romana tra i suebi e i goti, e, dopo la conquista del regno suebo da parte di Leovigildo, tra tutti i popoli presenti in Spagna ... Isidoro stesso, ma anche un folto gruppo di suoi contemporanei oggi dimenticati, hanno avuto cura di tener viva l'antica cultura sotto i nuovi padroni"; FONTAINE J., *Methode*, cit., p. 12, nt. 29; VALASTRO CANALE A., *Introduzione*, in *Etimologie o origini*, Torino, 2006, p. 23.

⁵⁷ CRUZ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 422 s., introduce per la storia della penisola iberica il concetto di "Edad sincrética", un periodo che comprenderebbe i secoli dal IV al IX, riunificando una cultura intermedia tra quella antica e quella propriamente medioevale: "Existe la nostalgia de la antigüedad clásica, por un lado, el gusto por lo antiguo, de otro; pero también la conciencia de estar más allá y mayor, en un mero mundo cristiano".

⁵⁸ Sull'ardua opera di identificazione dei volgarismi (dal punto di vista filologico) introdotti da Isidoro, v. i lavori di FONTAINE J., *Isidore de Seville et l'astrologie*, in *Revue des Études Médiéval*, n. 3, 1953, pp. 271 ss.; SOFER J., *Lateinisches und Romanisches quellen den Etymologien des Isidors von Sevilla*, Göttingen, 1930.

5.25.17, veritiera certo, ma anche contenutisticamente limitata sia rispetto al passato, sia rispetto all'epoca contemporanea? Forse perché la spiegazione giuridica presente nel lemma era, per Isidoro, quella più aderente alla nota etimologica finale? Forse. Forse perché il ricorso al precario di pegno era diffuso in epoca isidoriana in quanto era più difficile per il precarista-debitore la richiesta del riconoscimento della *longissimi temporis praescriptio*⁵⁹? Certamente; tuttavia, alla luce delle considerazioni appena proposte, non stupirebbe neppure una motivazione un poco più complessa, che qui vengo a proporre.

L'ordinamento romano, nella legiferazione postclassica, aveva tentato con solerzia, seppur non con efficacia, di estirpare il fenomeno del *patrocinium*, che era considerato un pericolo per la saldezza dell'impero, così come un grave mezzo di frode fiscale, e quindi sostanzialmente un sistema di controllo delle masse profondamente antistatuale⁶⁰: basti pensare alle numerose costituzioni imperiali in materia emanate tra il 360 e il 534 d.C.⁶¹, dalla lettura delle quali si comprende palesemente come il *patrocinium* fosse avversato e quanto esso, d'altro canto, fosse saldamente radicato nella società postclassica della *pars Occidentis*.

Al tempo di Isidoro, il precario era ormai utilizzato in modo esclusivo per i fondi ed era, come notato già da Sánchez Albórniz⁶², spesso strettamente connesso proprio con il fenomeno del *patrocinium*. Come si è visto, il *precarium* mantiene, anzi espande, la sua vitalità nella parte occidentale dell'Impero Romano in disfacimento, in particolare grazie alla sua natura di rapporto non paritetico tra *precario dans* e *precario accipiens* e proprio poiché tende a omogeneizzarsi con altri rapporti di forte subordinazione gerarchica ed economica premedievale⁶³; si presenta spesso, infatti, come un fenomeno assimilabile, dal punto di vista della funzione sociale, al costituito possessorio e alla compravendita con sog-

⁵⁹ Ipotesi addotta da SÁNCHEZ ALBÓRNOZ C., *El precarium*, cit., pp. 491 s.

⁶⁰ GIGLIO S., *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, Perugia, 2008², pp. 13 s., sostiene infatti che "... il patrocinio solo nel tardo impero diventa, come istituzione, un modello organizzativo diffuso capillarmente nella società, venendo, per di più, a porsi in posizione antagonista al potere centrale e contribuendo, così, al disgregamento della *pars Occidentis*... così, nel tardo impero il patrocinio si propagò in tutto il territorio e si estese a tutti i rapporti di relazione e, dunque, a tutto il diritto sia privato sia pubblico, per scopi, a lungo andare, oggettivamente eversivi".

⁶¹ Si aggiunga che, come è stato messo in evidenza (DI TUCCI R., *S. Isidoro di Siviglia e la scienza del diritto romano nei suoi tempi*, Cagliari, 1927, pp. 10 s.), non per nulla "la posterità di Isidoro, fino al secolo undecimo, vide in lui un interprete quasi autorizzato del pensiero giuridico imperiale".

⁶² SÁNCHEZ ALBÓRNOZ C., *El precarium*, cit., pp. 492 s.

⁶³ La perdurante esistenza di un tipo di rapporto assimilabile a quello clientelare, e, mano a mano, sempre più accentuato, è esaustivamente chiarito da SCHUPFER F., *op. cit.*, p. 286.

gezione del venditore al ruolo di colono⁶⁴: i piccoli e deboli proprietari terrieri cedono a personaggi potenti le loro terre, vendendole, e le riottengono come concessioni a titolo precario. Scopo del magro affare un bene prezioso in quei tempi difficili: la protezione, la sicurezza.

Concordo pienamente, quindi, con l'opinione per cui la carenza di testi legislativi che descrivessero l'uso più comune del precario quale concessione informale fosse dovuta proprio all'ostilità dell'autorità centrale nei confronti dei rapporti di patrocinio: "... ese silencio puede explicarse porque al legislator sólo podía interesar la regulación del nuevo y degenerado precario que revestía forma contractual, no las cesiones de tradición clásica otorgadas a los fines señalados y a puro riesgo de sus concedentes. No ovildemos, además, que el Estado romano lejos de legalizar el patrocinio territorial lo persiguió y era natural que no legislase sobre la figura jurídica habitualmente usada para la retrocesión a los patrocinados de las tierras que éstos habían ante cedido a sus patronos, burlando los preceptos imperiales quel prohibían y castigaban tales cesiones"⁶⁵; si deve aggiungere, tuttavia, a tali acute riflessioni, che anche il precario contrattualizzato di cui poco sopra si è detto, in una società con tali tendenze di trasformazione socio-economica, poteva essere usato e piegato per gli stessi scopi.

Isidoro, osservatore attento e preoccupato della contemporaneità, tanto quanto cultore dell'antico, svolgeva il ruolo di consigliere politico e spirituale dei sovrani visigoti, dimostrandosi sempre in linea con la tradizione romana e, in particolare, con la legislazione teodosiana, considerata come roccaforte del diritto imperiale d'impronta cristiana. Ci si può attendere, quindi, sia per la sua vicinanza alla corona visigotica, sia per continuità del dettato teodosiano, la sua contrarietà al diffuso uso postclassico del *patrocinium*⁶⁶ come strumento efficace di controllo dei sottoposti, prima più strettamente clientelare, e in seguito, prefeudale. Ci si può allora chiedere se Isidoro, utilizzando la stessa "arma del silenzio" delle disposizioni legislative, non abbia compiuto una scelta deliberata nel presentare il lemma *precarium* solamente come una "innocua" con-

⁶⁴ Su questo argomento tutta l'ampia trattazione di GIGLIO S., *op. cit.*, pp. 38 ss.; v., in particolare, sulla *voracitas* di terre dei *potentiores*, FUSCO S.A., *op. cit.*, pp. 22 ss.; SANTUCCI G., *Potentiores e abusi processuali*, in AAC., vol. XI, 1997, pp. 323 ss.

⁶⁵ SÁNCHEZ ALBÓRNOZ C., *El precarium*, cit., p. 493.

⁶⁶ FUSTEL DE COULANGE N.D., *Les origines du système féodal: le bénéfice et le patronat pendent l'époque mérovingienne*, Paris, 1914⁴, pp. 235 ss.; ZULUETA F., *Patronage in the Later Empire. Oxford Studies in Social and Legal History*, vol. I, Oxford, 1909, pp. 47 ss.; *De Patrocinii vicorum. Oxford Studies*, cit., vol. II, Oxford, 1920, pp. 13 ss.; SCHUPFER F., *op. cit.*, pp. 109 ss.; KRAUSE J.U., *Spätantike Patronatsformen in Western des römischen Reichs*, München, 1987; GIGLIO S., *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, Napoli, 1990, pp. 138 ss.; *Patrocinio e diritto privato*, cit., 7 ss.

cessione del creditore pignoratizio nei confronti del proprio debitore, al fine evidente di permettere a quest'ultimo di saldare il proprio debito⁶⁷; forse intendeva così discostarsi dall'uso anti-etico che ne facevano quotidianamente i *potentiores* e, al contempo, presentare un'immagine di romanità nel suo "abito" migliore, una piccola tessera in più nella sua mastodontica opera di formatore della futura *societas* visigotica, che avrebbe dovuto essere romanamente salda e cristianamente etica.

Ironia della sorte, Isidoro non sapeva o non voleva sapere che l'origine del precario in quella che per lui costituiva la più remota antichità, era invece con tutta probabilità molto simile a quella del suo tempo: la concessione di fondi da parte di soggetti economicamente più forti nei confronti di altri più deboli. La definizione proposta da Isidoro, legata unicamente al pegno, era quindi molto lontana sia da una visione completa dell'istituto nella sua contemporaneità, sia da come esso si presentava alle sue origini⁶⁸. Del resto non si può ignorare il diverso concetto di diacronia che poteva avere un intellettuale come Isidoro, il quale, seppur ancorato emotivamente al rispetto e al rimpianto per l'antichità, è già d'altro lato uomo anticipatore del Medioevo e quindi portato a mettere in secondo piano la ricerca della verità storica e della documentazione scientifica, a favore di un'efficace edificazione morale dei propri fedeli.

⁶⁷ In questo modo egli proponeva anche, dimostrando così la connessione strettissima tra la parte del lemma più propriamente etimologica e quella giuridica, una fattispecie intimamente legata all'efficacia di una risposta disinteressata alla *prex* del precarista.

⁶⁸ BIAVASCHI P., *Ricerche*, cit., pp. 43 ss.